

8 Sa 68/20
1 Ca 1874/19
Arbeitsgericht Essen



Verkündet am 26. Juli 2022

Schwiewagner
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Ge-
schäftsstelle

**LANDEsarBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES**

URTEIL

In dem Rechtsstreit

I. L., F.18, X.

Kläger und Berufungskläger

Prozessbevollmächtigte

Rechtsanwälte N. & Partner, X.Straße 10, G.

g e g e n

j. SE, vertreten durch den Vorstand N. X. und Dr. D. S., C.Platz, F.

Beklagte und Berufungsbeklagte

Prozessbevollmächtigte

B. Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, K.-Straße 4, C.

hat die 8. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 26.10.2021
durch den Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht Schneider als Vorsitzenden
und den ehrenamtlichen Richter Konstantinovic
und den ehrenamtlichen Richter Flohr

für Recht erkannt:

1. **Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 28.11.2019 – Az.: 1 Ca 1874/19 – abgeändert.
Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien über den 01.02.2017 hinaus fortbesteht.**

2. **Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.**

3. **Die Revision wird zugelassen.**

Tatbestand:

Der Kläger begehrt die Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses nach einem Widerspruch gegen einen Betriebsübergang aus dem Jahr 2017.

Der Kläger wurde seit dem 01.07.2004 von der S. Systems Computing GmbH als Referent in der Organisationseinheit "Technology Competence" beschäftigt. Wegen der Arbeitsbedingungen im einzelnen wird auf die schriftlichen Anstellungsverträge vom 21.10.2003 (Blatt 15 ff. der Akte) und vom 01.06.2007 (Blatt 22 ff. der Akte) Bezug genommen. Beide Verträge enthielten den Passus, dass der Kläger die ihm übertragenen Aufgaben als außertariflicher Mitarbeiter ausübe. Der Kläger ist nicht gewerkschaftlich organisiert. Das Arbeitsverhältnis des Klägers ging in der Folge auf die S. IT GmbH über.

Unter dem 16.12.2014 schlossen der Arbeitgeberverband von Gas-, Wasser- und Elektrizitätsunternehmen e.V. (AGWE), Hannover, und die Gewerkschaft ver.di – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Berlin, einen Tarifvertrag zur sozialverträglichen Begleitung von Personalanpassungsmaßnahmen im S.-Konzern (Tarifvertrag „Switch“, im Folgenden TV Switch), wegen dessen einzelner Bestimmungen auf Blatt 351 ff. der Akte verwiesen wird. Im TV Switch ist unter anderem geregelt:

„Präambel

Die Energiewende und die damit verbundene Neuordnung des Energiemarktes in Deutschland erfordern auch in den S.-Gesellschaften der Tarifgruppe S. des AGWE deutliche strukturelle Veränderungen und Personalanpassungsmaßnahmen.

Ziel der Tarifvertragsparteien ist es, die Personalanpassungsmaßnahmen sozialverträglich zu gestalten. Dazu wird der S.-Konzern einen neuen, innovativen Stellenmarkt mit einer S.-eigenen Vermittlungsgesellschaft („Switch“) einrichten. Diese Maßnahmen haben das Ziel, Transparenz über

den konzernweiten Beschäftigungsbedarf herzustellen und den von Personalanpassungsmaßnahmen betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (nachfolgend gemeinsam „Arbeitnehmer“ genannt), die sich im Personalüberhang befinden, zum Erhalt der Beschäftigung alternative Arbeitsplätze vorrangig innerhalb, aber auch außerhalb des S.-Konzerns zu vermitteln.

Der Erhalt von Beschäftigung im Sinne dieses Tarifvertrages setzt die Bereitschaft der betroffenen Arbeitnehmer zu Veränderungen, insbesondere zur Annahme zumutbarer alternativer Arbeitsplatzangebote und ggf. erforderlicher Qualifikationsmaßnahmen voraus. Die Arbeitgeberseite wird hierzu die erforderlichen Qualifizierungs- und Vermittlungsaktivitäten durchführen.

Die Tarifvertragsparteien erwarten eine rechtzeitige und umfassende Einbindung der jeweils zuständigen Mitbestimmungsgremien in den S.-Gesellschaften. Des Weiteren gehen sie davon aus, dass eine reibungslose Wahrnehmung der gesetzlichen Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte der Betriebsratsgremien sichergestellt wird.

Vor diesem Hintergrund schließen die Tarifvertragsparteien für die S.-Gesellschaften der Tarifgruppe S. an Stelle des Tarifvertrages zur Beschäftigungssicherung vom 01.06.2009 und des Änderungstarifvertrages vom 22.02.2013 mit Wirkung zum 01.01.2015 folgenden Tarifvertrag.

§ 1

Geltungsbereich

- 1. Dieser Tarifvertrag gilt für alle Personalanpassungsmaßnahmen, die in den S.-Gesellschaften der Tarifgruppe S. arbeitgeberseitig durchgeführt werden.*
- 2. Dieser Tarifvertrag gilt für alle tarifgebundenen Arbeitnehmer der S.-Gesellschaften, die Mitglied der Tarifgruppe S. des AGWE sind. Die Anwendung dieses Tarifvertrages auf außertariflich beschäftigte Arbeitnehmer in den S.-Gesellschaften wird seitens der S. AG sichergestellt. ...“*

Im Jahr 2015 entschied die S. IT GmbH, die seinerzeit noch selbst erbrachten IT-Service-Dienstleistungen im Bereich der Data D. sowie die Data D. selbst an einen externen Dienstleister mit Wirkung zum 01.02.2017 zu übertragen. Nach einem Ausschreibungsprozess entschied sie sich für die X. Technologies GmbH, der der Kläger im Verlauf des erstinstanzlichen Rechtsstreits den Streit verkündet hat (im Folgenden W-GmbH), als externen Dienstleister. Zum Stichtag 01.02.2017 wurde das Eigentum an dem bestehenden Datacenter mit Hardware und zugehöriger Software in O. und O. auf den Dienstleister übertragen. Die bis zu diesem Zeitpunkt durchgeführten Tätigkeiten und anfallenden Aufgaben in der S. IT GmbH gingen auf die W-GmbH über.

Zum Ausgleich bzw. zur Milderung etwaiger Nachteile schloss die S. IT GmbH mit dem bei ihr bestehenden Gesamtbetriebsrat bereits am 30.11.2016 einen Interessenausgleich und Sozialplan mit der Bezeichnung „Data D. Outsourcing“ (im Folgenden: J. DCO). In dessen Präambel wird das Outsourcing der Data D. und der dort erbrachten Dienstleistungen als „Betriebs(teil)übergang nach § 613a BGB“ bezeichnet, die Umsetzung dieser Maßnahme sei mit einer Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG bei der S. IT GmbH verbunden und könne zu wirtschaftlichen Nachteilen für die hiervon betroffenen Mitarbeiter führen. Im J. DCO, wegen dessen weiterer Einzelheiten auf Blatt 123 ff., 304 ff. der Akte Bezug genommen wird, ist unter anderem geregelt:

„§ 2 Geltungsbereich

2.1

Die Regelungen in § 3, Teil A gelten für alle unter den Geltungsbereich des BetrVG fallenden Mitarbeiter, die zum Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Interessenausgleichs und Sozialplans in einem Arbeitsverhältnis mit der S. IT GmbH stehen, von der in der Anlage 1 dieses Interessenausgleichs und Sozialplans beschriebenen Maßnahme „Data D. Outsourcing“ betroffen sind und im Wege eines Betriebsübergangs auf den Outsourcingpartner übergehen (im Folgenden: übergehende Mitarbeiter). ...

2.4

Die Regelungen in § 3, Teil D gelten für alle unter den Geltungsbereich des BetrVG fallenden Mitarbeiter, die zum Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Interessenausgleichs und Sozialplans in einem Arbeitsverhältnis mit der S. IT GmbH stehen, von der in der Anlage 1 dieses Interessenausgleichs und Sozialplans beschriebenen Maßnahme „Data D. Outsourcing“ betroffen sind und dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf einen neuen Arbeitgeber, den Outsourcingpartner, gemäß § 613a Abs. 6 BGB widersprechen (im Folgenden: widersprechende Mitarbeiter). ...

2.8

Sofern in diesem Interessenausgleich und Sozialplan auf den Tarifvertrag zur sozialverträglichen Begleitung von Personalanpassungsmaßnahmen im S. Konzern der Tarifgruppe S. des AGWE vom 16.12.2014 samt Anlagen (im Folgenden: Tarifvertrag „Switch“) und Protokollnotizen (in ihrer jeweils gültigen Fassung) verwiesen wird, werden die Bestimmungen auch auf außertariflich beschäftigte Mitarbeiter der S. IT GmbH Anwendung finden. Dies gilt jedoch nicht für den Fall, wenn im Tarifvertrag „Switch“, in dessen Anlagen oder Protokollnotizen auf andere tarifvertragliche Regelungen – gleich welcher Art und Güte – verwiesen wird. Für außertariflich beschäftigte Mitarbeiter (im Folgenden auch: AT-Mitarbeiter) gelten vorrangig die

Bestimmungen dieses Interessenausgleichs und Sozialplans oder notwendige Ergänzungen auf betrieblicher Ebene. Bezüglich der Anwendung des Tarifvertrages „Switch“ auf AT-Mitarbeiter wird zusätzlich auf Anlage 3 verwiesen.

§ 3

Regelungen für unter den Geltungsbereich fallende Mitarbeiter

Teil A (Übergehende Mitarbeiter)

1.

Überleitung der kollektivrechtlichen Arbeitsbedingungen

1.1

Die Parteien sind sich einig, dass die bisherigen Beschäftigungsbedingungen der Betriebsübergang betroffenen Mitarbeiter nach dem Betriebsübergang auf den Outsourcingpartner dort unverändert dynamisch individualrechtlich fortgelten, soweit dies in tatsächlicher Hinsicht möglich ist und nicht im vorliegenden Interessenausgleich und Sozialplan oder in einer der Anlagen einschränkend oder abweichend ausdrücklich geregelt ist:

1.1.1 Tarifvertragliche Regelungen

Die fortgeltenden tarifvertraglichen Regelungen der S. IT GmbH sind in der Anlage 4 zu diesem Interessenausgleich und Sozialplan aufgeführt. ...

1.1.2 Betriebsverfassungsrechtliche Regelungen

Es wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass die betrieblichen Regelungen der S. IT GmbH insgesamt fortgelten sollen. Bzgl. derjenigen Regelungen hinsichtlich derer eine unveränderte Fortführung aus tatsächlichen Gründen nicht möglich ist oder hinsichtlich derer die Parteien eine unveränderte Fortführung nicht wünschen, wird auf die Einzelheiten in Anlage 5 verwiesen.

Sofern den betroffenen Mitarbeitern im Falle einer Nichtfortführung materielle Nachteile entstehen, werden diese Nachteile kompensiert. Bzgl. der Einzelheiten wird auch insoweit auf Anlage 5 zu diesem Interessenausgleich und Sozialplan verwiesen.

...

...

7.

Mögliche Rückkehr übergegangener Mitarbeiter

Die übergegangenen Mitarbeiter werden bei einer Rückbewerbung um eine offene Stelle bei der S. IT GmbH bei für die betreffende Stelle gleicher Eignung und Qualifikation vorrangig im Verhältnis zu sonstigen konzernexternen Bewerbern berücksichtigt. Für den Fall einer Insolvenz der X. Technologies GmbH erklärt die S. IT GmbH sich bereit, die zuvor übergegangenen Mitarbeiter wieder einzustellen. Diese Zusage gilt für den Zeitraum von 48 Monaten ab dem Übergangsstichtag. Die S. IT GmbH stellt sicher, dass diese Zusage für den Zeitraum ab dem 01.04.2017 auch von der j. SE erfüllt wird. ...

Teil D

(Widersprechende Mitarbeiter gem. § 613a Abs. 6 BGB)

Umgang mit widersprechenden Mitarbeitern

1.

Für Mitarbeiter, die im Rahmen der in Anlage 1 beschriebenen Maßnahme „Data D. Outsourcing“ einen Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf den Outsourcingpartner gemäß § 613 a Abs. 6 BGB widersprechen, gilt Folgendes: ...

4.

Der betreffende widersprechende Mitarbeiter wird ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs bzw. des Widerspruchs einer neuen Organisationseinheit GI-IR mit der Langbezeichnung „Programs“ bei der S. IT GmbH an dem jeweiligen Standort zugeteilt, an dem der Mitarbeiter zuvor seine Tätigkeit ausgeübt hat. Dies gilt nicht für den Standort O.. Sollte einer der dort beschäftigten Mitarbeiter widersprechen, wird er örtlich an den Standort L. versetzt. Der Mitarbeiter bleibt hierbei dem bisherigen Betrieb zugeordnet. Sollte der widersprechende Mitarbeiter versetzt werden müssen, erhält er Versetzungsleistungen nach dem Maßnahmenkatalog des Tarifvertrages „Switch“.

5.

Sofern für widersprechende Mitarbeiter trotz Vermittlungsbemühungen keine Aufgaben und Tätigkeiten nach dem Betriebsübergang zur Verfügung stehen, können diese Mitarbeiter von der Verpflichtung zur Erbringung ihrer Arbeitsleistung gegen Fortzahlung der vertragsgemäßen Vergütung freigestellt werden. ...“

Wegen des Inhalts der Anlagen zum J. DCO wird auf Blatt 313 ff. der Akte verwiesen. In der Aufstellung „Fortgeltende tarifvertragliche Regelungen der S. IT GmbH gem. § 3 Teil A 1.1.1“ (= Anlage 4 zum J. DCO) findet unter Ziffer 7. auch der TV Switch Erwähnung. Die W-GmbH gab unter dem 30.11.2016 eine in englischer und deutscher Sprache verfasste Erklärung ab, gemäß Ziffer 2.2 Nr. 7 lit. 2) des Master Employee Transfer Agreement vom 04.11.2016 zwischen ihr und der S. IT GmbH verpflichtet zu sein, sämtliche Verpflichtungen aus dem J. DCO im Hinblick auf die auf sie übergehenden Mitarbeiter einzuhalten und zu erfüllen (Blatt 144 der Akte).

Die S. IT GmbH und die W-GmbH unterrichtete den Kläger mit Schreiben vom 02.12.2016 über den „voraussichtlich zum 1. Februar 2017“ anstehenden Betriebs(teil)übergang. Darin heißt es auf Seite 4 unter dem Punkt „II. Folgen und Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang“, dort „3. Fortgeltung tariflicher Regelungen“:

„... Ihr neuer Arbeitgeber gehört keinem Arbeitsgeberverband an und ist nicht tarifgebunden. Er hat bisher weder Firmentarifverträge abgeschlossen noch sind derzeit bei Ihrem neuen Arbeitgeber kraft Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband Tarifverträge anwendbar.

Soweit auf ihr Arbeitsverhältnis daher vor dem Übergang unmittelbar Tarifverträge anwendbar und Sie tarifgebundener Arbeitnehmer sind, werden die in diesen Tarifverträgen geregelten Arbeitsbedingungen nach dem Betriebsübergang nach § 613 Absatz 1 S. 2 BGB Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen Ihnen und Ihrem neuen Arbeitgeber und wirken die arbeitsvertragliche Regelungen fort; sie können innerhalb eines Jahres nach dem Übergang nicht zu Ihrem Nachteil geändert werden. Diese Änderungssperre gilt allerdings nicht, soweit bei Ihrem neuen Arbeitgeber zum selben Regelungskomplex Tarifverträge mit der Gewerkschaft ver.di – Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft oder der Gewerkschaft IG BCE – Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie – abgeschlossen werden und Sie Mitglied der jeweiligen Gewerkschaft sind. In diesem Fall lösen die Regelungen Ihres neuen Arbeitgebers die Regelungen ihres bisherigen Arbeitgebers ab. Dies gilt für tarifgebundener Arbeitnehmer aufgrund der gesetzlichen Regelung in § 613 Absatz 1 S. 3 BGB. Aufgrund der Regelungen im Interessenausgleich und Sozialplan „Data D. Outsourcing“ gelten die in der Anl. 4 zu diesem Interessenausgleich und Sozialplan aufgelisteten Tarifverträge, soweit sie nicht gemäß dem vorstehenden Satz abgelöst werden, dynamisch fort, d.h. zukünftige Änderungen der tarifvertraglichen Regelungen gelten auch für ihr Arbeitsverhältnis. ...

Eine dynamische Fortgeltung soll gemäß der Regelungen des Interessenausgleichs und Sozialplans „Data D. Outsourcing“ auch dann eingreifen, wenn tarifliche Regelungen für Ihr Arbeitsverhältnis bislang aufgrund einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme Klausel gegolten haben, soweit dies in tat-

sächlicher Hinsicht möglich ist und nicht im Interessenausgleich und Sozialplan „Data D. Outsourcing“ oder in einer der Anlagen einschränkend oder abweichend ausdrücklich geregelt ist.“

Unter Ziffer II. 5. „Fortgeltung betrieblicher Regelungen“ heißt es:

In Ihrem zukünftigen Betrieb gibt es zur Zeit keine Betriebsvereinbarungen.

Der Umgang mit betrieblichen Regelungen (wie Konzern-, Gesamt- und Betriebsvereinbarungen) ist in § 3 Teil A Ziffer 1.1. und Ziffer 1.1.2 und der Anlage 5 des Interessenausgleichs und Sozialplans „Data D. Outsourcing“ geregelt. Es wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass die für Sie geltenden betrieblichen Regelungen Ihres bisherigen Arbeitgebers insgesamt fortgelten sollen. Bzgl. derjenigen Regelungen, hinsichtlich derer eine unveränderte Fortführung aus tatsächlichen Gründen nicht möglich ist oder hinsichtlich derer eine unveränderte Fortführung nicht gewünscht ist, wird auf die Einzelheiten in der Anlage 5 zum Interessenausgleich und Sozialplan „Data D. Outsourcing“ verwiesen. Sofern Ihnen im Falle einer Nichtfortführung materielle Nachteile entstehen, werden diese Nachteile kompensiert. Bzgl. der Einzelheiten wird auch insoweit auf die vorbenannte Anlage 5 verwiesen.

Soweit die zum Übergangsstichtag für Sie dynamisch individualrechtlich fortgeltenden Betriebsvereinbarungen Rechte und Pflichten des Arbeitsverhältnisses regeln, werden diese nach § 613a Absatz 1 S. 2-4 BGB übertragen und werden nach § 613a Absatz 1 Satz 2 Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen Ihrem neuen Arbeitgeber und Ihnen. Diese als Inhalt des Arbeitsverhältnisses fortgeltenden, transformierten Rechte und Pflichten dürfen individualrechtlich nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs zu Ihrem Nachteil geändert werden. Vor Ablauf dieser Frist können die Rechte und Pflichten nur geändert werden, wenn die betreffende Betriebsvereinbarung nicht mehr gilt oder die entsprechenden Rechte und Pflichten durch eine Betriebsvereinbarung oder Gesamtbetriebsvereinbarung bei Ihrem neuen Arbeitgeber auch für Sie geregelt werden. Sofern Einkommens- und Beschäftigungsbedingungen hierbei betroffen sind, gilt zusätzlich, dass dieses für einen Zeitraum von 36 Monaten ab dem Übergangsstichtag nicht zu Ihrem Nachteil geändert werden können.

...

Das Schreiben, wegen dessen weiteren Inhalts auf Blatt 31 ff. der Akte Bezug genommen wird, wurde dem Kläger sowie den anderen betroffenen Mitarbeitern anlässlich einer ganztägigen Informationsveranstaltung am 02.12.2016 übergeben. Weiterhin wurde ein Datenträger überreicht, der den J. DCO samt seiner Anlagen enthielt, zusätzlich auch die in der S. IT GmbH gültigen Kollektivregelungen (Tarifverträge, Konzern-, Gesamt-, Betriebsvereinbarung).

...

Ab dem 01.02.2017 erbrachte der Kläger seine Arbeitsleistung für die W-GmbH. Die gem. § 3 Teil A, Ziff. 2.6 und 2.7 des J. DCO vorgesehenen Ausgleichszahlungen erhielt der Kläger. Mit Abrechnung Januar 2017 wurden an ihn insgesamt 4.735,48 € brutto als Abfindung betrieblicher Leistungen gezahlt, darüber hinaus entsprechend der Protokollnotiz vom 30.11.2016 zum J. DCO ein Treuebonus, welcher durch drei Teilzahlungen in Höhe von 8.000,00 € mit der Entgeltabrechnung Januar 2017, in Höhe von 5.000,00 € mit der Entgeltabrechnung Februar 2017 und schließlich mit der letzten Zahlung der W-GmbH in Höhe von 5.000,00 € mit der Entgeltabrechnung Januar 2018 geleistet wurden. Zuletzt bezog der Kläger bei der W-GmbH eine Vergütung in Höhe von 102.000,00 € brutto p.a.. Am 04.04.2017 wurde die S. IT GmbH auf die Beklagte verschmolzen.

Mit Schreiben vom 13.05.2019 widersprach der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die W-GmbH. Eine Einigkeit über die Wirksamkeit des Widerspruchs vermochten die Beteiligten in der Folge nicht zu erzielen.

Mit der vorliegenden, am 02.08.2019 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger die Feststellung des Bestands seines Arbeitsverhältnisses zur Beklagten als Rechtsnachfolgerin der S. IT GmbH begehrt.

Er hat die Auffassung vertreten, der von ihm erklärte Widerspruch sei fristgemäß. Das Unterrichtungsschreiben aus dem Dezember 2016 sei fehlerhaft, so dass die Monatsfrist zum Erklären des Widerspruchs nicht in Gang gesetzt worden sei. Durch das Unterrichtungsschreiben werde nicht klar, ob die tariflichen Regelungen sowie der Sozialplan individualrechtlich oder kollektivrechtlich gelten würden. Die Ausführungen auf Seite 4 erweckten fehlerhaft den Eindruck, die Betriebsparteien könnten im Rahmen einer Betriebsvereinbarung über Interessenausgleich und Sozialplan eine kollektivrechtliche unmittelbare Geltung von Tarifverträgen regeln. Es werde weiterhin suggeriert, dass die in der Anlage 4 genannten Tarifverträge auch Wirkung zu Gunsten aller übergegangenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter entfalten können. Dies sei aber zumindest nicht in allen Fällen gegeben. Mangels einer Vereinbarung zwischen der S. IT GmbH und dem Erwerber würden etwa Mitarbeiter nicht entsprechend des Tarifvertrages „Switch“ in anderen Konzerngesellschaften vermittelt bzw. deren Betreuung sichergestellt werden. Der Kläger hat weiter gemeint, das Informationsschreiben selbst enthalte auch keine ausreichenden Angaben zu den wirtschaftlichen Hintergründen. Es werde lediglich darauf verwiesen, dass die Fremdvergabe der IT Service Dienstleistungen im Bereich der Data D. aus den im J. DCO genannten Gründen erfolge. Allein ein Verweis auf Anlagen sei unzureichend. Die Übergabe eines USB-Sticks, auf dem u.a. der Interessenausgleich und Sozialplan gespeichert sei, entspreche nicht der geforderten Textform. Ob und welche Betriebsmittel auf die Erwerberin übergegangen seien, sei zudem nicht genannt. Der Kläger sei aufgrund des Informationsschreibens davon ausgegangen, jederzeit im Rahmen für ihn geltender kollektivrechtlicher Regelungen berechtigt zu sein, an internen Stellenausschreibungen der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin sowie weiterer S. Konzernunternehmen teilnehmen zu können;

diese Möglichkeit habe aber nie bestanden, so dass ihm eine berufliche Weiterentwicklung im S.-Konzern verwehrt worden sei. Keine Information sei schließlich dahingehend erfolgt, dass im Laufe des Kalenderjahres 2017 eine Verschmelzung der S. IT GmbH auf die J. SE erfolgen würde.

Der Kläger sei ferner nicht unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung mit seinem Widerspruch ausgeschlossen. Allein der Umstand, dass er bei der W-GmbH seit dem 01.02.2017 seine Arbeitsleistung erbracht habe, reiche hierfür nicht aus. Gleiches gelte für die Entgegennahme von Zahlungen aus dem Interessenausgleich und Sozialplan, auf die er auch aufgrund der Mitteilungen in einer Informationsveranstaltung einen Anspruch habe.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien über den 01.02.2017 hinaus fortbesteht.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat gemeint: Der Widerspruch des Klägers sei verspätet. Das Unterrichtsschreiben sei ordnungsgemäß. Es unterrichte über den Zeitpunkt des Übergangs des Arbeitsverhältnisses (Nr. 1), den Grund des Übergangs (Nr. 2), die sich hieraus ergebenden rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen (Nr. 3) sowie etwaig in Aussicht genommene Maßnahmen (Nr. 4). Es werde keine umfassende Rechtsberatung im Einzelfall verlangt, sondern der Inhalt der Unterrichtung sei subjektiv determiniert. So seien die Ausführungen zur Geltung tariflicher Regelungen ordnungsgemäß unter Berücksichtigung der Gesetzeslage sowie der im Interessenausgleich und Sozialplan festgehaltenen und zu Gunsten der Mitarbeiter vereinbarten Rechtsfolgen erfolgt. Alle in dem Unterrichtsschreiben aufgeführten Rechtsansichten seien unter Berücksichtigung der einschlägigen gesetzlichen Regelungen und der zu Unterrichtszeitpunkt maßgeblichen höchstrichterlichen Rechtsprechung niedergelegt worden und zumindest vertretbar.

Insbesondere werde nicht der Eindruck erweckt, dass die Betriebsparteien eine kollektivrechtliche Fortgeltung von Tarifverträgen vereinbart hätten. Es sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die Betriebserwerberin nicht tarifgebunden war. Es sei des Weiteren darauf hingewiesen worden, dass für tarifvertraglich gebundene Arbeitnehmer die in Tarifverträgen geregelten Arbeitsbedingungen künftig Inhalt des Arbeitsverhältnisses werden und wie arbeitsvertragliche Regelungen fortgelten würden. Weiterhin sei mitgeteilt worden, dass Regelungen - soweit tatsächlich möglich - fortgelten sollten. Sämtliche Regelungen des J. DCO seien zudem mit der Betriebsübernehmerin abgestimmt worden und diese habe ihr Einverständnis erteilt. Weiterhin

werde sowohl im Unterrichtungsschreiben als auch im Interessenausgleich und Sozialplan auf die individualrechtliche Fortgeltung betrieblicher Regelungen hingewiesen. Über die wirtschaftlichen Hintergründe sei bereits in der Einleitung des Unterrichtungsschreibens informiert worden. Die dem Betriebsübergang zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte würden zudem unter Abschnitt I des Unterrichtungsschreibens weiter beschrieben. Darüber hinaus sei auf den Interessenausgleich und Sozialplan verwiesen worden, der durch Übergabe des USB-Sticks Inhalt der Unterrichtung geworden sei. Über die erst im April 2017 erfolgte Verschmelzung der S. IT mit der Beklagten hätte nicht unterrichtet werden müssen, zumal auf Seite 10 des Unterrichtungsschreibens auf einen Übergang der bei der S. IT verbleibenden Arbeitsverhältnissen auf die Beklagte im 2. Quartal 2017 hingewiesen worden sei. Die Frist für einen Widerspruch wäre zu diesem Zeitpunkt abgelaufen gewesen.

Jedenfalls sei das Widerspruchsrecht des Klägers verwirkt. Der Kläger habe mit dem Widerspruch 2 ½ Jahre zugewartet. Er habe darüber hinaus nicht nur widerspruchslos bei der Streitverkündeten weitergearbeitet, sondern auch die sich aus dem Betriebsübergang ergebenden Zahlungen – auch die 3. Rate des Treuebonus von der Streitverkündeten – mit Abrechnung Januar 2018 entgegengenommen. Voraussetzung der Zahlung sei ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis der übergehenden Mitarbeiter zur W-GmbH gewesen. Der Kläger könne nicht einerseits die Vorteile der von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer in Anspruch nehmen, um sich im Nachhinein doch von dem Arbeitsverhältnis zu distanzieren.

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urteil vom 28.11.2019 abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Zwischen den Parteien habe über den 31.01.2017 hinaus kein Arbeitsverhältnis mehr bestanden, weil der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die W-GmbH gemäß § 613a BGB nicht wirksam widersprochen habe. Sein Widerspruch vom 13.05.2019 habe die gesetzliche Monatsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht gewahrt. Die Widerspruchsfrist habe aufgrund des Unterrichtungsschreibens vom 02.12.2016 zu laufen begonnen; die dortigen Informationen seien weder formal fehlerhaft noch offensichtlich unzureichend. Wegen der Geltung von Tarifverträgen unterscheide das Informationsschreiben in tauglicher Weise zwischen tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Mitarbeitern wie dem Kläger. Der Kläger habe dem Schreiben entnehmen können und müssen, dass es für ihn bei der Nichtgeltung von Tarifverträgen bleibe. Auch die Information über die Geltung von Betriebsvereinbarungen bei der W-GmbH sei zutreffend. Dem Schreiben vom 02.12.2016 sei zum einen zu entnehmen, dass bei der W-GmbH selbst keine Betriebsvereinbarungen gölten, zum anderen, dass wegen des Interessenausgleichs und Sozialplans „DCO“ entgegen dem Grundsatz des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB gleichwohl die in Anlage 5 geregelten Betriebsvereinbarungen kollektivrechtlich fortgölten. Es genüge, dass der Kläger die betroffenen Regelungen aus der Anlage ansehen könne. Vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck der Unterrichtungspflicht seien schließlich auch die Informationen über die wirtschaftlichen Hintergründe des Betriebsteilübergangs ausreichend. Darüber hinaus sei die Klage auch deshalb unbegründet, weil der Kläger sein Recht, dem Betriebsübergang zu widersprechen, verwirkt habe. Das Zeitmoment

sei angesichts der 2 ½ Jahre zwischen Erhalt des Unterrichtungsschreibens und Erklärung des Widerspruchs erfüllt. Das gelte auch für das Umstandsmoment. Das ergebe sich aus der Inanspruchnahme aller Leistungen aus dem Interessenausgleich und Sozialplan und insbesondere des dort ausgelobten Treuebonus.

Gegen das ihm am 23.12.2019 zugestellte Urteil hat der Kläger mit einem am 23.01.2020 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Anwaltsschriftsatz Berufung eingelegt und diese – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 23.03.2020 – mit einem weiteren, am 23.03.2020 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz auch begründet.

Der Kläger rügt die Rechtsfehlerhaftigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung. Er sei, so seine Auffassung, weder zureichend über den Betriebsteilübergang unterrichtet worden noch sei sein Widerspruchsrecht verwirkt.

So differenziere das Unterrichtungsschreiben wegen der zukünftigen Rechtsstellung tarifgebundener und nicht tarifgebundener Arbeitnehmer nicht hinreichend. Die Absätze 3 und 4 zu Ziffer II.3. des Schreibens stellten nicht klar, ob und welche der in Anlage 4 genannten Tarifverträge für ihn als nicht tarifgebundenen Mitarbeiter gelten. Dieser selbst sei das auch nicht zu entnehmen. Im Zusammenspiel mit § 2.1 des Interessenausgleichs und Sozialplans DCO deute das Informationsschreiben eher an, dass die in Anlage 4 aufgeführten Tarifverträge generell anwendbar seien. Für den TV Switch sei dies in § 3 Abs. 2.8 des Interessenausgleichs und Sozialplans DCO sogar ausdrücklich vorgesehen. Tatsächlich fehle es aber an Vereinbarungen zwischen der Beklagten und der W-GmbH, nach denen die Vorgaben des TV Switch auch nach dem Betriebsteilübergang fortgölten. Beide Firmen hätten vielmehr die Teilnahme der übergegangenen Mitarbeiter an den Personalvermittlungsmaßnahmen im S.-Konzern stets abgelehnt. Fehlerhaft sei das Informationsschreiben vom 02.12.2016 überdies insoweit, als es über die Bezugnahme auf die Anlage 5 zum Interessenausgleich und Sozialplan DCO suggeriere, es gebe eine kollektivrechtliche Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen. Dies sei wegen der Nichtwahrung der betrieblichen Identität nach dem Betriebsübergang indes nicht der Fall. Schließlich fehle die Information über die bereits geplante Verschmelzung des S. IT GmbH auf die Beklagte, eine der Kerninformationen, die für die Beurteilung der Ausübung des Widerspruchsrechts wesentlich sei. Der Kläger habe die zukünftige Positionierung der abgebenden Einheit im Konzern nicht richtig einschätzen können.

Zu Unrecht habe das Arbeitsgericht eine Verwirkung des Widerspruchsrechts angenommen. Das Umstandsmoment, so meint der Kläger, sei keinesfalls gegeben. Dem Kläger könne insoweit nicht zum Nachteil gereichen, dass er Leistungen aus dem Interessenausgleich und Sozialplan schlicht entgegengenommen habe, ohne sie aktiv zu beantragen.

Der Kläger hat in der Berufungsinstanz beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Essen vom 28.11.2019, Az. 1 Ca 1874/19 festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien über den 01.01.2017 fortbesteht.

Die Beklagte hat in der Berufungsinstanz beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts unter ergänzender Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie meint, die Information des Klägers insbesondere zur Geltung von Tarifverträgen beim Betriebserwerber sei inhaltlich völlig richtig. Da der Kläger nicht mitgliedschaftlich tarifgebunden gewesen sei und über keine Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag verfüge, fänden Tarifverträge weder vor noch nach dem Betriebsübergang auf sein Arbeitsverhältnis Anwendung. Etwas anderes sei dem Informationsschreiben vom 02.12.2016 trotz aller anderweitigen Interpretationsversuche des Klägers nicht zu entnehmen. Das alles gelte auch für den TV Switch, dessen Geltung für außertarifliche Angestellte erst durch Konzernbetriebsvereinbarung vom 14.03.2017 und damit nach dem Betriebsübergang bewirkt worden sei. Der J. DCO sei insoweit nicht maßgeblich, da dieser die Streitverkündete schon aus Rechtsgründen nicht zur Anwendung des TV Switch habe verpflichten können (unzulässige Abrede zu Lasten Dritter). Generell dürften die Anforderungen an die Information durch Betriebsveräußerer und -erwerber nicht überspannt werden; bei komplexen Rechtsfragen genüge es, dass arbeitgeberseits eine vertretbare Rechtsmeinung kundgetan werde. Korrekt sei die Information weiterhin bezüglich der Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen, indem auf die Bestimmungen des § 3 Teil A J. DCO und die dazu gehörende Anlage 5 verwiesen werde. Die Mitteilung zur zum damaligen Zeitpunkt noch nicht feststehenden Verschmelzung der S. IT GmbH auf die Beklagte sei schlicht wahrheitsgemäß. Zu Recht sei das Arbeitsgericht schließlich von der Verwirkung des Widerspruchsrechts des Klägers ausgegangen. Der Kläger habe dem Betriebsübergang auch nicht etwa wegen einer fehlerhaften Information nachträglich widersprochen, sondern weil ihn der Wechsel zur Streitverkündeten wegen den dort bestehenden, vom Kläger als nachteilig empfundenen Arbeitsbedingungen und der Organisationsstruktur reue. Wirtschaftlich betrachtet sei dem Kläger durch die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses bei der Streitverkündeten kein Nachteil entstanden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze, die zu den Akten gereichten Unterlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen beider Rechtszüge verwiesen.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist an sich gemäß § 64 Abs. 1, 2 lit. b) ArbGG statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, § 66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG.

B.

Die Berufung hat auch in der Sache Erfolg. Die Feststellungsklage des Klägers ist gemäß § 256 Abs. 1 ZPO zulässig. Sie ist begründet, weil zwischen den Parteien über dem 31.01.2017 hinaus ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Der Kläger hat dem Betriebsübergang auf die Streitverkündete mit anwaltlichem Schreiben vom 13.05.2019 fristgemäß und insgesamt wirksam gemäß § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB widersprochen. Das Unterrichtungsschreiben vom 02.12.2016 entsprach nicht den Vorgaben des § 613a Abs. 5 BGB und war deshalb nicht geeignet, die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB in Gang zu setzen (unten I.). Das Widerspruchsrecht des Klägers war am 13.05.2019 auch nicht verwirkt (unten II.).

I.1.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, etwa Urteile vom 28.02.2019 – 8 AZR 201/18, NZA 2019, 1279, Rdz. 43 f.; vom 26.03.2015 – 2 AZR 783/13, NZA 2015, 866, Rdz. 25 ff.; vom 10.11.2011 – 8 AZR 430710, juris, Rdz. 23 ff.; vom 22.01.2009 – 8 AZR 808/07, NZA 2009, 547, Rdz. 23 ff.; vom 31.01.2008 – 8 AZR 1116/06, NZA 2008, 642, Rdz. 28 ff.), der sich die Kammer anschließt, lassen sich die einschlägigen Anforderungen an eine hinreichende Unterrichtung der Arbeitnehmer im Sinne des § 613a Abs. 5 BGB wie folgt zusammenfassen:

- a) Die einmonatige Widerspruchsfrist nach § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB wird nur durch eine ordnungsgemäße Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB in Lauf gesetzt. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 613a Abs. 6 BGB, wonach der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats „nach Zugang der Unterrichtung nach Absatz 5“ widersprechen kann. Damit setzt § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB eine den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB entsprechende Unterrichtung voraus. Im Übrigen ergibt sich dies auch zwingend aus Sinn und Zweck der in § 613a Abs. 5 BGB geregelten Unterrichtungspflicht. Danach haben Veräußerer und/oder Erwerber den Arbeitnehmer so zu informieren, dass dieser sich über die

Person des Übernehmers und über die in § 613a Abs. 5 BGB genannten Umstände ein Bild machen kann. Er soll durch die Unterrichtung eine ausreichende Wissensgrundlage für die Ausübung oder Nichtausübung seines Widerspruchsrechts erhalten (*vgl. BT-Drucks. 14/7760 S. 19*). Dem Arbeitnehmer soll auch die Möglichkeit eröffnet werden, sich weitergehend zu erkundigen und gegebenenfalls beraten zu lassen und dann auf dieser Grundlage über einen Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu entscheiden. Der Inhalt der Unterrichtung richtet sich nach dem Kenntnisstand des Veräußerers und des Erwerbers zum Zeitpunkt der Unterrichtung. Ob eine erfolgte Unterrichtung den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB entsprochen hat, unterliegt der gerichtlichen Überprüfung. Genügt die Unterrichtung zunächst formal den gesetzlichen Anforderungen, insbesondere denen des § 613a Abs. 5 BGB und ist sie nicht offensichtlich fehlerhaft, so ist es Sache des Arbeitnehmers, der sich auf die Unzulänglichkeit der Unterrichtung beruft, einen behaupteten Mangel näher darzulegen. Hierzu ist er im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast nach § 138 Abs. 3 ZPO verpflichtet. Dem bisherigen Arbeitgeber und/oder dem neuen Inhaber - je nachdem, wer die Unterrichtung vorgenommen hat - obliegt dann die Darlegungs- und Beweislast für die ordnungsgemäße Erfüllung der Unterrichtungspflicht, indem mit entsprechenden Darlegungen und Beweisangeboten die Einwände des Arbeitnehmers entkräftet werden.

- b) Gemäß § 613a BGB haben der bisherige Arbeitgeber oder der neue Betriebsinhaber die vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer nicht nur in Textform über den Zeitpunkt des (Nr. 1) und den Grund für den Übergang (Nr. 2) zu unterrichten, sondern auch über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs (Nr. 3) und die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen (Nr. 4).

Zu den rechtlichen Folgen gehören zunächst die sich unmittelbar aus dem Betriebsübergang als solchem ergebenden Rechtsfolgen. Dies erfordert einen Hinweis auf den Eintritt des Übernehmers in die Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB), auf die gesamtschuldnerische Haftung des Übernehmers und des Veräußerers und deren Verteilung nach § 613a Abs. 2 BGB und grundsätzlich auch, wenn sich Kündigungen abzeichnen, auf die kündigungsrechtliche Situation. Zu den beim Übernehmer geltenden Rechten und Pflichten gehört grundsätzlich weiter die Anwendbarkeit tariflicher Normen und die Frage, inwieweit beim Veräußerer geltende Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durch beim Erwerber geltende Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen abgelöst werden. Dabei ist aber keine detaillierte Bezeichnung einzelner Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen nötig, da sich der Arbeitnehmer - nach Erhalt der in Textform zu erteilenden Informationen - selbst näher erkundigen kann. Notwendig ist aber ein Hinweis darauf, ob die Normen kollektiv-

rechtlich oder individualrechtlich fortwirken. Dabei begegnet es keinen Bedenken, dass für die einzelnen Arbeitnehmergruppen (tarifgebundene Arbeitnehmer/nicht tarifgebundene Arbeitnehmer) nicht verschiedene Unterrichtungsschreiben gefertigt wurden, sondern mit einem einzigen Unterrichtungsschreiben alle Gruppen unterrichtet wurden. Die Unterrichtung kann in einem Standardschreiben erfolgen; sie muss jedoch etwaige Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses erfassen.

Zu den wirtschaftlichen Folgen im Sinne des § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB gehören solche Veränderungen, die sich nicht als rechtliche Folge unmittelbar den Bestimmungen von § 613a Abs. 1-4 BGB entnehmen lassen. § 613a Abs. 5 BGB gebietet daher eine Information des Arbeitnehmers auch über die mittelbaren Folgen eines Betriebsübergangs - etwa darüber, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen beim Erwerber zu einer Gefährdung der wirtschaftlichen Absicherung der Arbeitnehmer führen -, wenn darin ein relevantes Kriterium für einen möglichen Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses gesehen werden muss.

Zu den hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen gehören nach der Gesetzesbegründung Weiterbildungsmaßnahmen im Zusammenhang mit geplanten Produktionsumstellungen oder Umstrukturierungen und andere Maßnahmen, welche die berufliche Entwicklung der Arbeitnehmer betreffen (vgl. *BT-Drucks. 14/7760 S. 19*). Unter Berücksichtigung der Zielsetzung von Art. 7 Abs. 1, Abs. 6 der RL 2001/23/EG sind „Maßnahmen“ im Sinne von § 613a Abs. 5 Nr. 4 BGB weitergehend alle durch den bisherigen oder neuen Betriebsinhaber geplanten erheblichen Änderungen der rechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Situation der von dem Übergang betroffenen Arbeitnehmer. In Aussicht genommen sind Maßnahmen frühestens dann, wenn ein Stadium konkreter Planungen erreicht ist.

Die Hinweise auf die Rechtsfolgen müssen präzise sein und dürfen keinen juristischen Fehler enthalten, wobei nicht bereits dann ein solcher vorliegt, wenn es zu der Rechtsfrage auch andere Rechtsprechung oder Meinungen als die dargestellte herrschende Rechtsprechung, insbesondere die des Bundesarbeitsgerichts, gibt. Eine Unterrichtung über komplexe Rechtsfragen ist allerdings dann nicht fehlerhaft, wenn der Arbeitgeber dabei nach angemessener Prüfung der Rechtslage, die ggf. die Einholung von Rechtsrat über die höchstrichterliche Rechtsprechung verlangt, eine rechtlich vertretbare Position einnimmt. Eine umfassende Rechtsberatung jedes einzelnen Arbeitnehmers kann nicht verlangt werden. Die Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB dient nicht dazu, den Arbeitnehmer über alle ihn möglicherweise treffenden individuellen Folgen des Betriebsübergangs zu informieren. Sie soll ihn lediglich in die Lage versetzen, sich auf ihrer Grundlage ggf. weitergehend zu informieren oder beraten zu lassen. Es obliegt dem Arbeitnehmer, die Angaben des Arbeitgebers - und sei es nach weiteren Erkundigungen - in sein persönliches Arbeitsverhältnis umzusetzen.

2.

Danach konnte das Unterrichtungsschreiben vom 02.12.2016 die Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 BGB nicht in Gang setzen, weil die dort enthaltenen Informationen teilweise – wenn auch nicht notwendig falsch, so doch – zumindest unklar und unvollständig waren. Ihm ließ sich nicht entnehmen, ob der TV Switch im Falle des Übergangs des Arbeitsverhältnisses des Klägers auf die Streitverkündete (fort-) gelten sollte oder nicht. Dieser Umstand ist so bedeutend, dass er als relevantes Kriterium für einen möglichen Widerspruch des Klägers gegen einen Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Streitverkündete in Betracht kam. Auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der weiteren Informationen im Unterrichtungsschreiben kommt es im Ergebnis nicht an.

a.

Die Regelungen des TV Switch sind zweifelsfrei für die in seinen Geltungsbereich einbezogenen Mitarbeiter von großer Wichtigkeit. Der TV Switch regelt die Einrichtung eines unternehmensübergreifenden Stellenmarkts für die Mitarbeiter im S.-Konzern, um „Transparenz über den konzernweiten Beschäftigungsbedarf herzustellen und den von Personalanpassungsmaßnahmen betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ..., die sich im Personalüberhang befinden, zum Erhalt der Beschäftigung alternative Arbeitsplätze vorrangig innerhalb, aber auch außerhalb des S.-Konzerns zu vermitteln“ (Präambel, Abs. 2). Er normiert in diesem Zusammenhang etwa die Durchführung beschäftigungserhaltender Maßnahmen (§ 3), die Einrichtung einer S.-eigenen Personalservicegesellschaft (§ 4) sowie Individualansprüche von Arbeitnehmern „im Personalüberhang“ auf Abschluss eines Arbeitsvertrages mit der PSG (§ 5), der Unterbreitung zumutbarer alternativer Arbeitsplatzangebote (§ 6) und insbesondere auf Zahlung einer Abfindung (§ 7 iVm Anlage 1, § 11). Die Bestimmungen des TV Switch bewirken damit eine umfassende Beschäftigungssicherung bei Wegfall des Arbeitsplatzes, die insbesondere für ältere Arbeitnehmer – wie etwa den Kläger – von besonderer Bedeutung ist.

b.

Dem Informationsschreiben vom 02.12.2016 konnte der Kläger nicht entnehmen, ob nach Auffassung der am Betriebsteilübergang beteiligten Unternehmen der TV Switch (auch) nach dem Betriebsübergang auf das Arbeitsverhältnis des Klägers Anwendung finden würde. Einen eindeutigen Rechtsstandpunkt hierzu haben die Beklagte und die Streitverkündete nicht eingenommen.

aa.

Die Mitteilungen vom 02.12.2016 legen im Zusammenspiel mit den weiteren in Bezug genommenen Rechtsquellen wie insbesondere dem J. DCO nahe, dass jedenfalls für

tarifgebundene, also gewerkschaftlich organisierte Mitarbeiter und solche, deren Arbeitsvertrag eine entsprechende Bezugnahmeklausel enthielt, der TV Switch auch nach einem Wechsel zur Streitverkündeten gemäß § 613a BGB Geltung beanspruchen sollte. Unter Ziffer 3. des Informationsschreibens heißt es in Absatz 3, dass die in Anlage 4 zum J. DCO aufgelisteten Tarifverträge „dynamisch fortgelten“ (also auch im Hinblick auf zukünftige Änderungen), soweit sie nicht „gemäß vorstehendem Satz abgelöst werden“, der sich wiederum zu Tarifverträgen bei der Streitverkündeten zum „selben Regelungskomplex“ verhält. In Anlage 4 (i.V.m. § 3 Teil A 1.1.1) J. DCO ist der TV Switch unter Ziffer 7. ausdrücklich als fortgeltende tarifvertragliche Regelung bezeichnet. Eine Ablösung durch einen Tarifvertrag bei der Streitverkündeten zum selben Regelungskomplex steht nicht in Rede.

In Anbetracht dieser klaren Aussage spielt keine Rolle, dass sich nicht recht erschließt, wie die weitere Teilnahme der auf die Streitverkündete übergegangenen Arbeitnehmer am konzerninternen Arbeitsmarkt in den S.-Gesellschaften technisch und verfahrensmäßig von statten gehen sollte. Die übergegangenen Mitarbeiter durften jedenfalls annehmen, dass sich der Verlust ihres Arbeitsplatzes bei der Streitverkündeten als „Personalüberhang“ im Sinne des TV Switch darstellte und damit der Weg zur Vermittlung und Betreuung durch eine Personalservicegesellschaft (§ 4 TV Switch), einer dortigen Anstellung (§ 5 TV Switch) und einem Anspruch auf den Erhalt zumutbarer alternativer Arbeitsangebote (§ 6 TV Switch) geebnet sein würde. Von einer inhaltlichen Modifizierung der Regelungen des TV Switch bzw. gar deren Überlagerung durch § 3 Teil A Ziffer 7. J. DCO mussten die Mitarbeiter ebenfalls nicht ausgehen. Die Bestimmung betrifft lediglich das zu beachtende Verfahren bei Rückbewerbung um eine offene Stelle bei der Beklagten selbst bzw. ein Rückkehrrecht zu dieser im Falle der Insolvenz der Streitverkündeten. Zur Teilhabe am sonstigen konzerninternen Arbeitsmarkt der S.-Gesellschaften verhält sich § 3 Teil A Ziffer 7. J. DCO nicht und er fand auch keine Erwähnung im Informationsschreiben vom 02.12.2016. Gleiches gilt im Ergebnis für die Regelung des § 3 Teil A Ziffer 4. J. DCO, der betriebsbedingte Kündigungen bei der Streitverkündeten für einen Zeitraum von 48 Monaten ausschloss. Wegen der Möglichkeit der Verlängerung der Laufzeit des TV Switch über den 31.12.2020 hinaus, an der die übergegangenen und tarifgebundenen Mitarbeiter ja „dynamisch“ partizipieren sollten und die im Jahre 2019 nach Vortrag der Beklagten Realität wurde, tritt die Geltung des TV Switch keinesfalls vollständig hinter die Beschäftigungssicherung gemäß § 3 Teil A Ziffer 4. J. DCO zurück.

bb.

Ob die Beklagte und die Streitverkündete die Anwendung des TV Switch auf „außertarifliche Angestellte“ für gegeben hielten, war in einer Gesamtschau des Inhalts des Informationsschreibens vom 02.12.2016 und der einschlägigen materiellen Bestimmungen unklar.

- (1) Gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 TV Switch galt der Tarifvertrag für alle tarifgebundenen Arbeitnehmer der S.-Gesellschaften, die Mitglied der Tarifgruppe S. des

AGWE waren. Das meint alle gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer (§ 3 Abs. 1 TVG). Dann aber können mit den in Satz 2 angesprochenen „außertariflich beschäftigten Arbeitnehmern“ nur die tarifungebundenen Arbeitnehmer gemeint sein, für die – weil sie der normativen Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien nicht unterliegen – die S. AG die Geltung des TV Switch sicherzustellen hatte. Damit wurde eine schuldrechtliche Verpflichtung der S. AG zur Abgabe entsprechender individualrechtlicher oder kollektivrechtlicher Erklärungen gegenüber den „außertariflich beschäftigten Arbeitnehmer“ begründet. Diese Verpflichtung wurde, wie die Beklagte vorgetragen hat, jedenfalls durch den Abschluss einer Konzernbetriebsvereinbarung vom 14.03.2017 auch erfüllt.

- (2) Dass das nicht schon vor dem zum 01.02.2017 bewirkten Betriebsübergang auf die Streitverkündete geschehen sein könnte, hält die Kammer keinesfalls für ausgeschlossen. So ist beispielsweise in § 2 Ziffer 2.1, 2.8 J. DCO ausdrücklich die Rede davon, dass bei Teilnahme am Betriebsübergang die dort in Bezug genommenen Bestimmungen des TV Switch „auch auf außertariflich beschäftigte Mitarbeiter der S. IT GmbH“ Anwendung finden, solange der Mitarbeiter – wie hier der Kläger – unter den Geltungsbereich des BetrVG fällt. Gleiches soll gemäß § 2 Ziffer 2.4, § 3 Teil D Ziffer 4., 6.5, 6.6 J. DCO sowie deren Anlage 11 Ziffer 2 für AT-Angestellte bei Widerspruch gegen den Betriebsübergang gelten, insbesondere im Hinblick auf die Berechnung von Abfindungen. Dass im Übrigen die Geltung des TV Switch für außertarifliche Mitarbeiter erst durch den J. DCO bewirkt worden ist, lässt sich dessen Bestimmungen nicht einmal eindeutig entnehmen.
- (3) Sollte Letztgenanntes doch der Fall sein, stellte sich die Frage der Wirksamkeit der Erweiterung des Geltungsbereichs des TV Switch durch den J. DCO als Gesamtbetriebsvereinbarung im Allgemeinen und als mögliche Abrede zu Lasten der Streitverkündeten im Besonderen. Die Beantwortung dieser Fragen wirft, wie dem Hinweisbeschluss des Gerichts vom 04.06.2021 und auch dem Schriftsatz der Beklagten vom 23.08.2021 zu entnehmen ist, erhebliche rechtliche Probleme auf. Eindeutig fällt die Antwort keinesfalls aus. Dass die Erweiterung des Geltungsbereichs des TV Switch auf außertariflich beschäftigte Mitarbeiter durch Betriebsvereinbarung generell möglich ist, scheint die Beklagte selbst zu glauben, ansonsten hätte sie die Konzernbetriebsvereinbarung vom 14.03.2017 wohl kaum abgeschlossen. Rechtlich gesehen kommt in Betracht, entweder die einschlägigen Bestimmungen des J. DCO als Sozialplanregelungen aufzufassen, für die § 77 Abs. 3 BetrVG gemäß § 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG nicht gilt, oder § 1 Ziffer 2 Satz 2 TV Switch als Öffnungsklausel im Sinne des § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG aufzufassen. Der Argumentation der Beklagten wegen des Vorliegens einer unzulässigen Abrede zu Lasten der Streitverkündeten ließe sich entgegenhalten, dass diese den Inhalt des J. DCO kannte und sich zu dessen Einhaltung und Erfüllung ausdrücklich verpflichtet hatte (Erklärung vom 30.11.2016 iVm Ziffer 2.2 Nr. 7 lit. 2) des Master Employee Transfer Agreement vom 04.11.2016, vgl. Blatt 181 der Gerichtsakte). Abgesehen davon

treffen die Verpflichtungen des TV Switch auch bezüglich der übergegangenen Mitarbeiter Gesellschaften des S.-Konzerns, nicht die Streitverkündete selbst.

cc.

In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen ist die Unterrichtung im Schreiben vom 02.12.2016 unzureichend.

- (1) Folgt man der Argumentation der Beklagten, soll der TV Switch auf außertarifliche, auf die Streitverkündete übergegangene Mitarbeiter wie den Kläger keine Anwendung finden. Eine klare Aussage trifft das Unterrichtungsschreiben insoweit nicht. Der TV Switch findet an keiner Stelle des Schreibens Erwähnung. Unter Ziffer II.3. werden die generellen rechtlichen Grundsätze für die Fortgeltung bisher anwendbarer Tarifverträge, sei es wegen Tarifgebundenheit, sei es wegen einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel, lehrbuchartig skizziert. Soweit man das als zutreffende und ausreichende Information des Klägers (kein Gewerkschaftsmitglied, keine Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag) wertete, wird der Unterrichtungswert aber dadurch wieder in Frage gestellt, dass an mehreren Stellen des Schreibens auf die Geltung des J. DCO verwiesen wurde, in dem „Regelungen zu den Modalitäten des Betriebsübergangs getroffen“ worden seien (Ziffer II. des Unterrichtungsschreibens) und dessen Maßgeblichkeit (der Wortlaut war auf dem dem Schreiben beigefügten Datenträger enthalten) ja auch völlig unstrittig war. Damit würden sich für einen Juristen dann die oben skizzierten Fragen stellen, der arbeitsrechtliche Laie ist schlicht überfordert. Keinesfalls wird die Dimension des Problems deutlich.
- (2) Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass die Beklagte zu einer umfassenden Rechtsberatung des Klägers nicht verpflichtet war. Der Beklagten ist nicht vorzuhalten, dass sie zu einer schwierigen Rechtsfrage eine rechtlich nicht vertretbare Auskunft gegeben hat, sondern dass sie diese Rechtsfrage erst gar nicht in der ihrer überragenden Bedeutung angemessenen Deutlichkeit angesprochen und sich zur Fortgeltung des TV Switch positioniert hat (vgl. das Urteil des BAG vom 26.03.2015 – 2 AZR 783/13, dort Rdz. 26 ff. zur Fortgeltung des TVSozSich nach einem Betriebsübergang auf ein privatwirtschaftlich organisiertes Unternehmen). Dem Kläger fehlte eine ausreichende Wissensgrundlage für die Ausübung oder Nichtausübung seines Widerspruchsrechts, weil weder das Problem der Fortgeltung des TV Switch auf dem Tisch lag noch er wissen konnte, wie die Beklagte und die Streitverkündete sich dessen Lösung vorstellte.

C.

Die Unvollständigkeit des Unterrichtungsschreibens vom 02.12.2016 ist nicht deshalb unbeachtlich, weil sie für die Entscheidung des Klägers gegen einen Widerspruch – möglicherweise – nicht kausal war. Dem steht nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bereits entgegen, dass § 613a Abs. 6 BGB keinen Kausalzusammenhang zwischen der fehlerhaften Information und dem nicht ausgeübten Widerspruchsrecht verlangt (BAG, Urteil vom 24.08.2017 – 8 AZR 265/16, NZA 2018, 168, Rdz. 13). Soweit der 2. Senat diese Frage in einer neueren Entscheidung für Unterrichtungsfehler, die „regelmäßig für den Willensbildungsprozess der Arbeitnehmer ohne Belang sind“, offen gelassen hat (BAG, Urteil vom 22.07.2021 – 2 AZR 6/21, NZA 2021, 1405, Rdz. 22), bedarf dies vorliegend keiner näheren Diskussion, weil nicht festzustellen ist, dass eine ausdrückliche Information der Beklagten und der Streitverkündeten, der TV Switch sei nach einem Betriebsübergang auf das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht anwendbar, für den Kläger ohne Belang gewesen wäre. Vielmehr ging es, wie bereits ausgeführt, um die Existenz einer wirtschaftlich bedeutenden Absicherung des Klägers für den Fall, dass sein Arbeitsplatz bei der Streitverkündeten in Wegfall geriet. Es ist keinesfalls ausgeschlossen, dass der Kläger sich für einen Verbleib bei der Beklagten entschieden hätte, wäre er von einer Nichtgeltung des TV Switch auf sein Arbeitsverhältnis zur Streitverkündeten ausgegangen.

II.

Das Widerspruchsrecht des Klägers war im Zeitpunkt seiner Ausübung am 13.05.2019 nicht verwirkt.

1.

Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers nach § 613a Abs. 6 BGB kann, wie jedes Recht, nur unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeübt werden und deshalb verwirkt werden. Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung. Mit ihr wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen. Sie beruht auf dem Gedanken des Vertrauensschutzes und trägt dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit Rechnung. Die Verwirkung verfolgt nicht den Zweck, den Schuldner bereits dann von seiner Verpflichtung zu befreien, wenn dessen Gläubiger seine Rechte längere Zeit nicht geltend gemacht hat (Zeitmoment). Der Berechtigte muss vielmehr unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erweckten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (Umstandsmoment). Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des

Verpflichteten das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist.

Zeit- und Umstandsmoment beeinflussen sich wechselseitig; beide Elemente sind - bildhaft ausgedrückt - im Sinne „kommunizierender Röhren“ miteinander verbunden. Je stärker das gesetzte Vertrauen oder die Umstände sind, die eine Geltendmachung für den Gegner unzumutbar machen, desto schneller kann ein Anspruch oder Recht verwirken. Umgekehrt gilt, je mehr Zeit seit dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs verstrichen ist und je länger der Arbeitnehmer bereits für den neuen Inhaber gearbeitet hat, desto geringer sind die Anforderungen an das Umstandsmoment. Es müssen letztlich besondere Verhaltensweisen sowohl des Berechtigten als auch des Verpflichteten vorliegen, die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen. Enthält eine Unterrichtung die „grundlegenden Informationen“ zum Betriebsübergang und arbeitet der Arbeitnehmer beim Erwerber über einen Zeitraum von sieben Jahren widerspruchslos weiter, kann sich ein späterer Widerspruch allein aufgrund des Zeitablaufs als mit Treu und Glauben unvereinbar erweisen (Grundsätze der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, zuletzt etwa Urteile vom 22.07.2021 – 2 AZR 6/21, NZA 2021, 1405, Rdz. 31; vom 28.02.2019 – 8 AZR 201/18, NZA 2019, 1279, Rdz. 66 ff.).

2.

Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht gegeben. Es fehlt am Vorliegen des Umstandsmoments. Mit Blick auf die reine Weiterarbeit des Klägers bei der Streitverkündeten ist eine Frist von 7 Jahren bei weitem nicht erreicht. Sonstige, bei der Beklagten vertrauensstiftende Dispositionen auf den Verbleib bei der Streitverkündeten hat der Kläger nicht getroffen. Er hat insbesondere nicht aktiv auf die Gewährungen von Leistungen hingewirkt, die ein Einverständnis mit dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses voraussetzen. Eine Pflicht zur Verweigerung der Annahme von Leistungen aus dem Sozialplan, nur um sich des – dem unrichtig informierten Arbeitnehmer gar nicht bewussten – Widerspruchsrechts nicht zu begeben, kann nicht angenommen werden. Ansonsten könnten Betriebsveräußerer und – erwerber jeden Widerspruch durch eine entsprechende Zahlung abriegeln. Es genügt, eine Rückzahlungspflicht für den Fall des erfolgreichen Widerspruchs anzunehmen. Gleiches gilt für den Umstand, dass der Kläger sich in arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen mit der Streitverkündeten begeben hat. Das spiegelt lediglich die aktuelle Rechtslage wieder. Der Kläger muss nicht auf berechnete Ansprüche gegen die Streitverkündete verzichten, um sein Recht auf Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses nicht zu verwirken. Er befindet sich vielmehr in einer ersichtlichen Zwickmühle, die die Beklagte nicht überbewerten darf, erst Recht nicht, weil sie sie durch ihre unzureichende Information mitverursacht hat.

C.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO. Das Gericht hat den in diesem Rechtsstreit zu behandelnden Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung beigemessen und die Revision gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der beklagten Partei

R E V I S I O N

eingelegt werden.

Für die klagende Partei ist gegen dieses Urteil ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361 2636-2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Für Rechtsanwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihr zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse besteht ab dem 01.01.2022 gem. §§ 46g Satz 1, 72 Abs. 6 ArbGG grundsätzlich die Pflicht, die Revision ausschließlich als elektronisches Dokument einzureichen. Gleiches gilt für vertretungsberechtigte Personen, für die ein sicherer Übermittlungsweg nach § 46c Abs. 4 Nr. 2 ArbGG zur Verfügung steht.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** eingelegt werden. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

Die elektronische Form wird durch ein elektronisches Dokument gewahrt. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 46c ArbGG nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) v. 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung eingereicht werden. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr finden Sie auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts www.bundesarbeitsgericht.de.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Schneider

Konstantinovic

Flohr